

A TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO (1)

(*) *Jorge Ulisses Jacoby Fernandes*

A terceirização constitui, ao lado de outros instrumentos bastante em voga, uma possibilidade, no âmbito da Lei, estabelecida para redução da participação do Estado, em tarefas impróprias. Os limites desse instrumento permitem vislumbrar a fronteira final do serviço público, em precisa consonância com a atual política que vem sendo implementada pelo atual governo e cujas raízes no direito positivo pátrio, em breve completarão 30 anos de existência e, lamentavelmente, de incompreensão e inobservância.

Segundo o autorizado magistério do professor Sérgio Pinto Martins, a terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação, esclarece o mesmo jurista, pode envolver tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de serviços de limpeza, de vigilância ou até de serviços temporários.

Contexto histórico-político

O crescimento desmesurado do Estado, fenômeno mundial, que caracterizou o século passado e o início deste, estendeu com bastante amplitude a dimensão do conceito do serviço público, gerando um intervencionismo que procurava suprir a ausência de participação da iniciativa privada e, por outro lado, implementá-la, e sempre que possível desenvolver o papel sócio-assistencial.

Sem laivo de dúvida, essa atuação sem limites provocou uma reação nos detentores do capital que passaram a enfrentar até uma concorrência do Estado com a iniciativa privada, lançando um ideário, nem sempre verdadeiro, que contrapõe o dilema “Estado burocrata” *versus* e “particular eficiente”, fazendo germinar a busca de alterna-

(*) *ex-Juiz do Trabalho da 10ª Região, é Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, Professor de Direito Administrativo da UDF e do Centro Brasileiro para Formação Política e Instrutor do Instituto Serzedello Corrêa do TCU.*

(1) *A terceirização e o Direito do Trabalho, Sérgio Pinto Martins, Ed. Malheiros, SP, 1995.*

tivas no Direito Privado para tratar problemas da Administração Pública, e mais tarde gizara uma fronteira do intervencionismo estatal.

Hoje, a questão do agigantamento do Estado encontra resistência e reação, notadamente quando o País elege um Presidente da República com modelo neo-liberal. O neo-liberalismo consiste precisamente na idéia de restringir a atividade do Estado, ao extremamente mínimo necessário, deixando o exercício da atividade econômica para a iniciativa privada. Corolário dos postulados do neo-liberalismo é a redução do paternalismo estatal e das “ditas” conquistas sociais, para que os que detêm o capital possam fortalecer sua atividade. Sobre outra ótica, o fenômeno da privatização é também um reflexo desse ideário.

Alternativas de terceirização

A redução da atividade do Estado, além da privatização, encontra diversos caminhos, como esquematicamente segue:

I – delegação do serviço público:

a – concessão

b – permissão

II – de atividade meio da Administração

a – para outra pessoa jurídica – integrante da Administração

b – para outra pessoa jurídica – não integrante da Administração

b.1 – o serviço passa a ser prestado no estabelecimento do contratado

b.2 – o serviço passa a ser prestado no estabelecimento da Administração

c – para pessoa física, com as mesmas possibilidades da alínea “b”.

Nesse estudo interessam de perto as possibilidades indicadas em II, que são propriamente terceirização.

Evolução das idéias no Direito Privado

Como foi assinalado o Estado adota com freqüência o paradigma da iniciativa privada e, nessa área, deve-se observar o desenvolvimento do Direito do Trabalho.

Nesse ramo, a idéia da intermediação da mão-de-obra foi repelida, havendo notícias no direito comparado de que, em 1º de março de 1848, a França haveria abolido o marchandage, o qual consistia precisamente na intermediação de mão-de-obra, sob o argumento de que não sendo o trabalho mercadoria descaberia a sua intermediação.

A segunda guerra mundial, segundo relata o já nominado jurista, trouxe a noção de desverticalização da indústria bélica, fenômeno que guarda exata simetria

com a terceirização.

No Brasil foi seguida a mesma trilha que condenava a intermediação da mão-de-obra, até meados da década de 1960, quando, pelos Decretos-lei nº 1.212 e 1.216 nasce a possibilidade da contratação de serviços de segurança bancária. Paralelamente, com a instalação das indústrias automobilísticas, verdadeiras montadoras, ocorre a desverticalização da linha de produção, mas sem qualquer óbice do Direito do Trabalho, porque o serviço era prestado diretamente aos fornecedores de tais indústrias, ficando o prestador de serviço vinculado apenas ao seu verdadeiro empregador, fornecedor de peças.

Mais tarde, copiando uma recém editada lei francesa, o Brasil permite a contratação do trabalho temporário, nos moldes da Lei 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e nessa linha evolutiva, a Lei 7.102, a qual revogando o Decreto-Lei 1.034/69 melhor disciplinou a contratação de empresas de segurança.

A Justiça do Trabalho, buscando assegurar a plenitude dos direitos trabalhistas repeliu diversas iniciativas de terceirização, evitando com isso o aviltamento da mão-de-obra. De fato, o Tribunal Superior do Trabalho, em mais de uma oportunidade expressamente declarava que, como a mão-de-obra no Brasil era muito barata, em comparação com países mais adiantados, permitir a terceirização significaria acolher um intermediário na relação de emprego, que unicamente se remuneraria de parcela do salário já aviltado.

A relação de emprego

Dando suporte jurídico a posição da Justiça do Trabalho estava o próprio conceito de empregado, uma das vigas mestras do Direito Laboral.

Conforme doutrina e jurisprudência solidamente edificadas considera-se empregado quem mantém relação de trabalho com os seguintes atributos:

- **personalidade** — os serviços devem ser prestados pessoalmente
- **onerosidade** — os serviços devem ser remunerados
- **continuidade** — os serviços devem ser prestados de forma não-eventual
- **subordinação** — na prestação dos serviços, o agente deve acatar ordens, ou ficar aguardando-as
- **intencionalidade na relação de emprego.**

Estando presentes esses requisitos o Direito do Trabalho reconhece a existência de relação de emprego tácita ou expressa.

Nesse diapasão, a terceirização que se opera com prestação de trabalho no estabelecimento do prestador de serviços foi ampliando seus horizontes, como ocorreu e já foi referido com a indústria automobilística.

Em linha diametralmente oposta, a terceirização que se opera com a subordi-

nação direta da pessoa física, prestadora do serviço, ao contratante do serviço foi repelida. Nessa dimensão, a terceirização que se efetiva no estabelecimento da empresa que pretende ver sua atividade terceirizada, ou que gerencia diretamente o grupo de trabalho, foi atrofiada.

Sempre admitiu-se, contudo, a terceirização dos serviços de vigilância e conservação conforme retrata o enunciado nº 256 da jurisprudência uniforme do C. Tribunal Superior do Trabalho, que estabelecia que:

“256. Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, e 7.102, de 20 de junho de 1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando o vínculo empregatício diretamente com o tomador de serviços.”

O verdadeiro marco evolutivo da terceirização deita raízes no Dec.-Lei 200/67, o qual, no art. 10, § 7º, recomendava a terceirização, nos seguintes termos:

“Capítulo III – da descentralização.

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

§ 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

Ocorre que a Administração também contratava mediante a CLT e a Justiça do Trabalho julgava, tendo em conta os princípios gerais desse ramo do Direito, entre os quais a observância dos requisitos da relação de trabalho.

Não tardou para que o contratado mediante interposta pessoa viesse a pleitear a relação de emprego diretamente com o tomador dos serviços e torrencial jurisprudência, ignorando o referido dispositivo firmou-se, aplicando-se o enunciado referido.

A Justiça Federal trilhou o mesmo entendimento, consagrando a súmula nº 214 do Tribunal Federal de Recursos que dispõe: “A prestação de serviços em caráter

continuado, em atividades de natureza permanente, com subordinação, observância de horário e normas da repartição, mesmo em grupo-tarefa, configura relação empregatícia”.

A origem do problema estava pois na possibilidade da Administração contratar mediante o regime da Consolidação das Leis do Trabalho que, ao contrário do que hoje alguns pretendentes à reforma do Estado sustentam, não é o regime jurídico adequado para reger as relações de trabalho dos servidores públicos.

É consabido que as raízes do Direito do Trabalho situa-se na transmutação do labor escravo para o trabalho livre, gerando os conflitos entre capital, nas mãos do empregador, e trabalho, forma de sobrevivência do hipossuficiente.

Esse contexto conflitual que o Direito do trabalho agasalha e pacifica, e tem na CLT seu alicerce refletido, é incompatível com a relação que o Estado mantém com seus agentes, onde não há espaço para disputa, mas colaboração.

A atuação do Estado na atividade econômica, hoje, pela Constituição Federal, constitui exceção, e só no âmbito dessa exceção é que se admite a aplicação do regime contratual, balizado pela CLT.

A deformação jurídica da intervenção desmesurada e abusiva, e a aplicação inconseqüente da CLT, que lamentavelmente hoje se assiste pretender ressuscitar, foi e é a causa de grandes conflitos jurídicos.

A nova ordem constitucional

A Constituição Federal de 1988, acolhendo a classificação dos agentes públicos de Oswaldo Aranha e Bandeira de Mello estabeleceu da categoria dos servidores públicos, subdividindo-a entre servidores públicos civis (Adm. Direta, Autárquica e Fundacional) e servidores públicos empregados (Administração Indireta).

Surge a noção de Regime Jurídico Único—RJU— para servidores públicos civis e a possibilidade da aplicação da CLT para servidores públicos empregados, conforme dispôs o art. 173, § 1º, do estatuto político fundamental, que, a propósito, lembre-se, permite a exploração de atividade econômica pelo Estado nas duas restritíssimas hipóteses que elenca na *caput*.

Para ambos os regimes de trabalho—RJU e CLT— foi estabelecido no art. 37, inciso II, a obrigatoriedade da prévia participação e a aprovação em concurso público.

Resultado dessa evolução, o enunciado 256, transcrito, foi revisto pelo enunciado nº 331, com a seguinte redação:

“331. Contrato de prestação de serviços – legalidade –
revisão do enunciado nº 256.

I— a contratação de trabalhadores por empresa in-

terposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974).

II — a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, inc. II, da Constituição da República).

III — não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983), de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados a atividades-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV — o inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que este tenha participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.”

Promovida essa mudança na jurisprudência, hoje não mais existe o perigo do reconhecimento judicial da relação de emprego com o Estado, diante da terceirização, vez que para o êxito de uma eventual demanda é imprescindível que o reclamante tenha se submetido previamente ao concurso público, exegese que por certo facilita a terceirização.

Posição do TCU a respeito

A Administração Pública está sujeita ao controle externo por parte dos Tribunais de Contas e o presente estudo estaria incompleto se não procedesse ao exame das possibilidades de terceirização sob a perspectiva do controle.

Em reiteradas decisões o Tribunal de Contas da União vem julgando irregular a contratação de empresas para prestação de serviços quando as tarefas a serem desenvolvidas integram o elenco das atribuições dos cargos permanentes.

Nesse sentido, cumpre destacar o julgamento dos processos TC 225.096/93-5, TC - 475.054/95-4, TC - 000.384/90-9, entre outros inúmeros, entendendo aquela Corte que em razão dos Decretos 71.236/72, 74.448/74 e Leis 5.645/70 e 5.845/72, não é possível terceirizar atividades típicas de cargos permanentes.

Mesmo tendo em linha de consideração essa firme jurisprudência parece possível terceirizar quando se tratar de tarefa prevista para cargo colocado em extinção

ou quando ocorrer aumento substancial da demanda, em caráter temporário, como por exemplo na atividade de digitação na Justiça Eleitoral, em épocas de sufrágio.

Algumas peculiaridades dos contratos de terceirização de serviços

No amplo espectro da terceirização assume relevância capital a participação do órgão de recursos humanos, na gestão de recursos sem subordinação direta ao tomador de serviços.

Ao contrário do que ocorria no passado, em que o órgão de pessoal se traduzia como mantenedor da folha de pagamento, hoje o agente de recursos humanos é verdadeiro gerenciador de conflitos interpessoais e não há desafio maior do que buscar o estreitamento dos vínculos entre o órgão e o pessoal da empresa da atividade terceirizada.

Estabelece a Lei nº 8.666/93, que trata das licitações e contratos a obrigatoriedade do projeto básico, para a contratação de qualquer obra ou serviço.

Efetivamente o art. 7º, notadamente no § 2º, inciso I, da Lei em epígrafe, coloca a necessidade da prévia elaboração do projeto básico, estabelecendo que somente poderão ser licitados os serviços e as obras, depois de atendida essa exigência.

Projeto básico, para obras e serviços corresponde ao detalhamento do objeto de modo a permitir a perfeita identificação do que é pretendido pelo órgão licitante e, com precisão, as circunstâncias e modo de realização.

Quando o objeto inclui a prestação do serviço no estabelecimento do contratante, o projeto básico é um instrumento essencial para a integração entre as áreas. Nesse sentido, por exemplo, o conhecido contrato para conservação e limpeza de uma unidade integrará as diversas áreas como recursos humanos, segurança e todos os locais a serem conservados.

Nesse exemplo, o contrato trará para dentro da organização pessoas estranhas à intimidade, não sendo rara a ocorrência de conflitos interpessoais decorrentes de cultura administrativa, muitas vezes de difícil equacionamento. Aí destaca-se o gerente de recursos humanos que, desenvolvendo o treinamento introdutório, por meio de sua equipe, sensibilizará o pessoal da contratada para o ambiente organizacional, desde a adequação de posturas e proibições, até os corriqueiros e inevitáveis problemas como comércio informal e clandestino, que frequentemente ocorrem.

Na área de segurança, com o conhecimento das normas internas de guarda de bens e vigilância sobre o que entra e sai, formas de identificação, horários e até mesmo, se for o caso, a revista eventual, que como já decidiu a Justiça pode ser legítima para quem detém a obrigação de zelar pelo patrimônio público.

Nas outras áreas, familiarizando com problemas corriqueiros, como não eliminar documentos, a menos que estejam no cesto do lixo, não jogar cliques em fendas de

computadores, terminar o trabalho até o horário de início de expediente.

Como se vê, em breves linhas, a precisa definição do objeto, que se coloca no projeto básico, aliado a um treinamento introdutório, recomendável quando há contato entre os servidores e o pessoal do contratado, pode funcionar para o aperfeiçoamento da Administração Pública.

Outro importante aspecto a considerar é a figura do executor do contrato.

“Executor do contrato” é o agente da Administração responsável pela fiscalização e fiel acompanhamento do ajuste, constituindo-se em verdadeiro preposto. Os órgãos de controle mais recentemente tem procurado questionar e responsabilizar os executores dos contratos imperfeitos, de obras inexistentes, de desperdícios e erros na execução. Não raro, é nomeado executor do contrato um agente de escritório que jamais fiscaliza o serviço ou não detém capacidade técnica para promover com eficácia o acompanhamento do ajuste. Alguns órgãos chegaram a criar uma espécie de executor de contratos, como uma função sobre cujo ocupante recairia a responsabilidade de atestar todas as faturas, num verdadeiro ato absurdo. Atestar uma fatura, como todo ato administrativo, faz atrair a responsabilidade pela regularidade e fidelidade das declarações e coloca o agente que o pratica diante do ônus de arcar com as provas de suas declarações. Veja a propósito o que dispõe o art. 67, da Lei 8.666/93, e art. 10, inc. IX e XI, da Lei 8.429/92 – que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública.

Possibilidades de contratar diretamente sem licitação

A terceirização pode em alguns casos restritos ocorrer sem licitação, conforme é tratado em livro de nossa autoria, “Contratação direta sem licitação”, editado pela Editora Brasília Jurídica.

Entre essas hipóteses, versadas na Lei nº 8.666/93, cabe destacar do art. 24, os seguintes dispositivos:

I – Art. 24, inc. VIII, que estabelece os seguintes requisitos para que se opere legitimamente a contratação direta:

- a) que o contratante seja pessoa jurídica de direito público interno;
- b) que o contratado seja órgão ou entidade que integre a Administração Pública;
- c) que o contratado tenha sido criado para o fim específico do objeto pretendido pela Administração contratante;
- d) que a criação do órgão ou entidade contratado tenha ocorrido antes da vigência da Lei 8.666/93;

e) que o preço seja compatível com o praticado no mercado.

II – Art. 24, inc. XIII, que estabelece os seguintes requisitos para que se opere legitimamente a contratação direta:

a) que o contratado seja instituição brasileira;
b) que no estatuto ou no regimento do contratado seja expressamente declarado que o objetivo da instituição constitua-se:

b.1) na dedicação à pesquisa, ensino, ou desenvolvimento institucional;

b.2) alternativamente ao requisito da alínea anterior, o objetivo declarado no estatuto ou regimento seja a recuperação social do preso;

c) que o futuro contratado detenha inquestionável reputação ético-profissional;

d) que o futuro contratado não tenha fins lucrativos.

III – Art. 24, inc. XX, que estabelece os seguintes requisitos para que se opere legitimamente a contratação direta:

a) o primeiro, atinente às qualificações do contratado que deverá ser:

• associação de portadores de deficiência física;

• sem fins lucrativos; e

• de comprovada idoneidade.

b) o segundo, referente ao objeto pretendido, qual seja:

• prestação de serviços;

• fornecimento de mão-de-obra.

c) o terceiro referente ao preço do contrato que deve ser compatível com o praticado no mercado.

Conclusões

A terceirização no serviço público constitui tema novo e desafiador, exigindo dos que almejam alcançar essa fronteira, uma visão integrada da legislação e da jurisprudência, além de um esforço coordenado de diversos segmentos da Administração.

Os caminhos estão abertos e insinuados desde o Decreto-Lei 200/67, mas agora fortalecidos e aclarados pela evolução jurisprudencial, constituindo em etapa inextinguível de uma longa linha evolutiva que encontrará um perfeito equilíbrio entre o verdadeiro papel do Estado e da iniciativa privada na concretização do interesse público.